

University of Groningen

De grenzen van de bestuurs- en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de curator

Karapetian, Arpi; Verstijlen, F.M.J.

Published in:
Tijdschrift voor Insolventierecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Karapetian, A., & Verstijlen, F. M. J. (2020). De grenzen van de bestuurs- en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de curator. *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2020(4), 221-229. [Tvl 2020/30].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De grenzen van de bestuurs- en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de curator

TvI 2020/30

In het artikel verkennen de auteurs de grenzen van de bestuurs- en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de curator. Naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State inzake North Refinery wordt onder meer besproken wat een doelvermogen is, of de faillissementsboedel als een doelvermogen kan worden gekarakteriseerd en in welke omstandigheden de curator als feitelijke leidinggever in de zin van art. 51 Sr is aan te merken.

1. Inleiding

Iemand die in hoedanigheid – als ‘orgaan’ van een rechtspersoon of als vertegenwoordiger etc. – optreedt, verliest niet elke eigen verantwoordelijkheid. Niemand kan zich voor zijn keuzes en handelen verschuilen achter een andere entiteit. De bestuurder van een vennootschap die selectief betaalt, kan civielrechtelijk persoonlijk aansprakelijk worden gehouden.² Degene die zich ‘als ambtenaar in de functie van Gedeputeerde van het College van Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Holland’ inlaat met omkoping en witwassen, kan strafrechtelijk worden veroordeeld.³ Ook kan een bestuurder van een vennootschap onder omstandigheden bestuursrechtelijk verantwoordelijk worden gehouden voor ‘de afvoer van heterogeen restafval’.⁴

Hoe zit dat met de curator? Civielrechtelijk is het wel duidelijk: hij kan persoonlijk aansprakelijk worden gehouden als hij niet heeft gehandeld ‘zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht’.⁵ Hoe het in het bestuurs- en strafrecht zit, is minder duidelijk.

In deze bijdrage beantwoorden wij de vraag wat de reikwijdte is van de bestuurs- en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de curator. Illustratief is de affaire-North Refinery,⁶ die de aanleiding was voor deze bijdrage.

2. North Refinery

North Refinery is een olieverwerkend bedrijf. Het wordt op 24 februari 2015 in staat van faillissement verklaard. Twee jaar later worden bij een inspectie lekkages geconstateerd,

die leiden tot bodemverontreiniging. Er vindt overleg plaats tussen provincie en curator om het probleem te verhelpen, want volgens het college van gedeputeerde staten van Groningen zou in strijd gehandeld zijn met art. 17.1 lid 1 Wet milieubeheer (verplichting maatregelen te treffen), art. 2.9 lid 1 Activiteitenbesluit milieubeheer (verplichting preventieve voorzieningen te treffen) en art. 13 Wet bodembescherming (zorgplicht bodembescherming).

Het college legt bij besluit van 22 maart 2017 een last op de lekkages te beëindigen of de vrijkomende stoffen adequaat op te vangen, met aanzegging dat ingeval de last niet tijdig wordt uitgevoerd de kosten van bestuursdwang zullen worden verhaald op (de boedel van) North Refinery en op de curator *in persoon*. De curator krijgt tot de volgende dag 12.00 uur. Die volgende dag laat de curator weten dat blindplaten zijn geplaatst en dat hij iemand zoekt voor het leegzuigen van de leidingen. De Omgevingsdienst – een uitvoeringsdienst – constateert op 24 maart 2017 evenwel dat lekbakken (bijna) overlopen. Het college past bestuursdwang toe door twee lekbakken te legen en de inhoud te laten verwerken.

De curator stelt ‘q.q.’ en in persoon bezwaar in tegen het besluit tot oplegging van de last onder bestuursdwang en vervolgt na afwijzing van dat bezwaar met beroep. Op het spel staan de kosten van bestuursdwang ad € 882,25. Met name is de vraag of de kosten op de curator in persoon kunnen worden verhaald.⁷ De toepassing van bestuursdwang geschiedt volgens art. 5:25 lid 1 Awb ‘op kosten van de overtreder’. Dat hij in hoedanigheid als overtreder kan worden aangemerkt, is inmiddels al wel duidelijk,⁸ maar hoe zit dat met hem in persoon?

Om deze vraag te beantwoorden, loopt de Afdeling het systematische pad van de Awb af: overtreder is (art. 5:1 lid 2) ‘degene die de overtreding pleegt of medepleegt’; overtredingen kunnen worden gedaan door (art. 5:1 lid 3) ‘natuurlijke personen en rechtspersonen’. Wat die rechtspersonen betreft, verklaart die laatstbedoelde bepaling art. 51 lid 2 en 3 Sr van overeenkomstige toepassing. Volgens dat tweede lid kan, als een rechtspersoon een strafbaar feit begaat, strafvervolgning worden ingesteld tegen de rechtspersoon, maar ook ‘tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging’ (feitelijk leidinggever). De laatste stap wordt gezet met art. 51 lid 3 Sr, waarin met

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: A. Karapetian & F.M.J. Verstijlen, ‘De grenzen van de bestuurs- en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de curator’, *TvI* 2020/31. De auteurs zijn redacteur van dit tijdschrift.

2 HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/325, m.nt. P. van Schilfhaarde (*K./Maas q.q.*).

3 HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:222.

4 HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/324 (*O. c.s./Provincie Fryslân*).

5 HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*).

6 ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:598.

7 Het college stuurt aan op verhaal op (de boedel van) North Refinery, maar heeft ten tijde van de behandeling van het beroep nog geen betaling ontvangen en sluit niet uit dat de kosten alsnog op de curator persoonlijk worden verhaald.

8 Zie onder meer ABRvS 11 juli 1997, *AB* 1998/268, m.nt. G.T.J.M. Jurgens (*Alvat*), ABRvS 9 mei 2007, *AB* 1998/132, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*Maasdriel*), ABRvS 13 februari 2013, *AB* 2013/95, m.nt. C.M.M. van Mil (*Dutch Infra Tech*), ABRvS 23 juli 2014, *AB* 2014/370, m.nt. C.M.M. van Mil (*Bavin*) en CBB 7 augustus 2018, *JOR* 2018/292, m.nt. F.T. Hiemstra (*Mestboekhouding*).

een rechtspersoon worden gelijkgesteld: 'de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen'.

De Afdeling probeert de curator in te passen in dit systeem. Zij stelt voorop – onder verwijzing naar haar eerdere rechtspraak – dat vanaf de faillietverklaring de curator verantwoordelijk is voor de naleving van de milieurechtelijke verplichtingen van de inrichting. Dat betreft 'verplichtingen van de boedel, die door tussenkomst van de curator moeten worden nageleefd, en niet [...] van de failliete rechtspersoon, die geen zeggenschap meer over het vermogen heeft'. De boedel is geen rechtspersoon, zodat art. 51 lid 2 Sr niet van toepassing is – zo stelt de Afdeling vast – maar ook geen daarmee in lid 3 gelijkgestelde entiteit: 'de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen'.

Daarmee is het volgens de Afdeling beslist. Omdat art. 51 lid 2 Sr niet van toepassing is, komt men aan de figuur van de feitelijke leidinggever niet toe en kan de curator geen overtreder zijn. Het benaderen van de curator als natuurlijk persoon ziet de Afdeling al helemaal niet zitten: als zodanig – dus in persoon, los van zijn hoedanigheid – 'vertegenwoordigt [hij] de boedel niet'.

De rechtspraak van de civiele rechter over de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, vindt de Afdeling hier niet aan afdoen.

De redenering van de Afdeling draait dus om de toepassing van art. 51 Sr, over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen en feitelijke leidinggevers. Die bepaling is via art. 5:1 Awb van overeenkomstige toepassing in het bestuursrecht en beheerst als zodanig ook de bestuursrechtelijke verantwoordelijkheid; ook, zo blijkt thans, van de curator.

Alle reden deze bepalingen nader onder de loep te nemen.

3. Het doelvermogen als rechtssubject in het bestuursrecht en het strafrecht

3.1 De definities uit art. 5:1 Awb

Art. 5:1 Awb ressorteert onder hoofdstuk 5 van de Awb, dat als titel heeft 'Handhaving'. De eerste bepaling van dit hoofdstuk, art. 5:1 Awb dus, beantwoordt de vraag wat onder overtreding moet worden verstaan, wie als overtreder zijn aan te merken en door wie overtredingen kunnen worden begaan. Hoewel de bepaling vooral definities bevat, is zij cruciaal bij de bestuurlijke handhaving. Zonder de vaststelling dat een overtreding is begaan door een overtreder in de zin van de wet, is handhaving niet goed mogelijk. Niet voor niets komt de Afdeling tot haar conclusie door de curator en diens handelwijze aan de hand van deze definities te duiden.

Onder een overtreding wordt volgens art. 5:1 lid 1 Awb verstaan een gedraging die in strijd is met het bij of krachtens enig voorschrift gestelde. Het begrip 'gedraging' is volgens de memorie van toelichting bij de bepaling in de ruimst mogelijke zin uit te leggen. Hieronder valt ook een nalaten en – in wezen ook een vorm van nalaten – het laten voortduren

van een verboden toestand.⁹ De overtreder is volgens lid 2 van dezelfde bepaling degene die de overtreding pleegt of medepleegt. In de parlementaire geschiedenis worden hierbij drie vragen onderscheiden.

In de eerste plaats dient ter vaststelling van het overtrederschap te worden nagegaan wie de adreassaant is van de norm die is overtreden. Slechts degene tot wie een voorschrift zich richt, is in staat dit te overtreden.

In de tweede plaats wordt de vraag naar de betekenis van de 'pleger' en 'medepleger' relevant. Hierbij sluit de Awb-wetgever voor een groot deel aan bij de strafrechtelijke systematiek. Binnen die systematiek wordt niet alleen van pleger gesproken indien de normadreassaant fysieke handelingen heeft verricht die beantwoorden aan de bestanddelen van het desbetreffende delict, maar is ook als pleger aan te merken degene die maatschappelijk gezien verantwoordelijk is voor de wetsovertreding.¹⁰ In het laatstgenoemde geval wordt gesproken van functioneel plegen. Hiervan is sprake indien de fysieke gedragingen in de machtsfeer van de functionele pleger lagen (hij 'vermocht erover te beschikken') en hij deze gedragingen heeft aanvaard of placht te aanvaarden, waarbij onder 'aanvaarden of plachten te aanvaarden' ook is te verstaan het niet betrachten van de redelijkerwijs te vergen zorg om te gedragingen te voorkomen.¹¹ Het is dus mogelijk dat er bestuursrechtelijk kan worden opgetreden tegen de leiding van een onderneming, ook als de fysieke normovertredende gedragingen zijn verricht door een werknemer.¹² Medeplegen doet zich voor als twee of meer (rechts)personen gezamenlijk de bestanddelen van een delict vervullen. De Hoge Raad eist hiervoor een 'bewuste en nauwe samenwerking', waarbij de medepleger een wezenlijke bijdrage moet hebben geleverd aan het delict.¹³ Van belang is hierbij dat voor de strafbaarheid van de medepleger niet noodzakelijk is dat hij de kwaliteit (van bijvoorbeeld vergunninghouder) bezit die door het overtreden delict wordt vereist, zolang die kwaliteit bij in ieder geval een van de (mede)plegers kan worden vastgesteld.^{14, 15}

Ten derde speelt bij de vraag naar het 'plegen' en 'medeplegen' volgens de Awb-wetgever nog de vraag of een bestuurlijke sanctie ook aan een ander dan de overtreder kan worden opgelegd. Het antwoord op die vraag is volgens de parlementaire geschiedenis afhankelijk van de aard van de bestuurlijke sanctie.¹⁶ Een bestuurlijke boete kan vanwege het bestraffende karakter ervan slechts aan de overtreder worden opgelegd. Bij een last onder bestuursdwang ligt het accent op (het beëindigen van) de overtreding en dat brengt volgens de wetgever met zich dat de last bekend moet worden gemaakt aan de rechthebbende op de zaak waarop

9 MvT, *Kamerstukken II* 2003/2004, 29702, 3, p. 77.

10 MvT, *Kamerstukken II* 2003/2004, 29702, 3, p. 78.

11 HR 23 februari 1954, NJ 1954/378, m.nt. B.V.A. Röling (*IJzerdraad*).

12 MvT, *Kamerstukken II* 2003/2004, 29702, 3, p. 78-79.

13 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474 (*Overzichtsarrest medeplegen*).

14 HR 21 juni 1926, NJ 1926, p. 955 e.v. (*Magazijnbediende*).

15 In rechtspraak over het milieurecht is beslist dat indien meer (rechts)personen gezamenlijk een inrichting drijven, aan ieder van hen bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd (VzABRS 31 juli 1998, AB 1999/45).

16 MvT, *Kamerstukken II* 2003/2004, 29702, 3, p. 80-81.

bestuursdwang wordt toegepast, ook als hij geen overtreder is. Overigens geldt hierbij volgens rechtspraak wel dat de kosten van toepassing van bestuursdwang enkel op de overtreder kunnen worden verhaald.¹⁷ Vanwege dat laatste gaat de wetgever ervan uit dat een last onder dwangsom slechts aan de overtreder kan worden opgelegd, omdat anders de rechthebbende die geen overtreder is, alsnog gedwongen zou zijn de overtreding op eigen kosten ongedaan te maken.

3.2 De uitbreiding van de strafbaarheid en het overtrederschap naar niet-rechtspersonen

Met de vaststelling van de overtreding en het overtrederschap, resteert de vraag wie een overtreding in de zin van de Awb kan begaan. Hierover bepaalt art. 5:1 lid 3 Awb dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en door rechtspersonen. Dat overtredingen slechts door deze twee entiteiten kunnen worden begaan is echter slechts schijn. In het slot van het derde lid van art. 5:1 Awb worden art. 51 lid 2 en 3 Sr van overeenkomstige toepassing verklaard. Die bepaling breidt het bereik van de strafrechtelijke aansprakelijkheid uit naar de opdrachtgever en de feitelijke leidinggever in het geval een strafbaar feit is begaan door een rechtspersoon of voor dit doel met een rechtspersoon gelijk te stellen, door de wet genoemde entiteiten: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

De gelijkschakeling van de rechtspersoon met deze entiteiten heeft tot gevolg dat zij strafbare rechtssubjecten zijn binnen het strafrecht en dat tegen hen via de doorschakeling van art. 5:1 Awb bestuursrechtelijk kan worden gehandhaafd. De uitbreiding van het bereik van de bestuurlijke handhaving naar deze entiteiten moet in het bestuursrecht volgens de wetgever niet worden onderschat. Veel bestuursrechtelijke voorschriften richten zich tot ondernemingen of instellingen die in civielrechtelijke zin geen rechtspersoonlijkheid bezitten maar waartegen bestuursrechtelijke handhaving wel aangewezen is.¹⁸ Over de strafbaarheid van en handhaving tegen overtredingen door rechtspersonen bestaan de nodige literatuur en rechtspraak. Het toepassingsbereik van sommige van die andere entiteiten is diffuser. In het kader van deze bijdrage richten wij ons met name op de betekenis van het 'doelvermogen' en zijn verschijningsvormen.

3.3 Het doelvermogen van art. 51 lid 3 Sr

Art. 51 Sr is in 1976 opgenomen in het Wetboek van Strafrecht. De inhoud van deze bepaling is nagenoeg gelijk aan hetgeen voor 1976 in art. 15 Wet economische delicten (hierna: WED) was geregeld ten aanzien van de vervolgbare strafbaarheid van rechtspersonen en daarmee

gelijkgestelde entiteiten.¹⁹ Het doelvermogen kon ook onder de werking van art. 15 WED economische delicten plegen. Ter rechtvaardiging van de strafbaarheid van niet-rechtspersonen werd destijds aangevoerd dat bij de desbetreffende entiteiten sprake was van een vermogen dat 'als zodanig economisch een zelfstandig bestaan heeft'.²⁰

Bij de totstandkoming van art. 15 WED werd het doelvermogen gedefinieerd als een 'vermogen, bijeengebracht tot een bepaald doel, zonder dat voor het beheer daarvan een statuut of een reglement is vastgesteld'.²¹ Voorts werd opgemerkt: 'Het kan een stichting soms zeer nabij komen. Men kan in de eerste plaats denken aan een niet-perfekte stichting; voorts aan een vermogen, bijeengebracht door een aantal personen, op economisch gebied werkzaam, welk vermogen feitelijk door een of meer personen wordt beheerd, terwijl het vastleggen van de rechtsvorm achterwege is gebleven'.²² In verband met de invoering van art. 51 Sr gaf de minister te kennen geen voorstander te zijn van handhaving van het begrip 'doelvermogen' omdat het als 'niet vast omlijnd' werd gekarakteriseerd.²³ Op verzoek van de toenmalige staatssecretaris van Financiën werd het 'doelvermogen' uiteindelijk gehandhaafd als strafbare niet-rechtspersoon. Als reden wordt in de memorie van toelichting genoemd de 'noodzaak ook eventuele buitenlandse doelvermogens, die hier te lande actief zijn, onder de belastingbepalingen te doen vallen'.²⁴ Volgens de minister wordt handhaving van het doelvermogen in art. 51 Sr op prijs gesteld 'met het oog op de handhaving van de fiscale en sociale verzekeringswetgeving die rekening moet houden – zo is mij (de minister, *toevoeging AK en FMJV*) geleerd – met zeer schimmige organisatievormen'.²⁵ Een voorbeeld van een doelvermogen is volgens de memorie van toelichting het 'fonds voor gemene rekening' dat in art. 2 lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt genoemd.²⁶ In de strafrechtelijke literatuur zijn voorts als voorbeelden genoemd gelden die bijeengebracht zijn voor charitatieve doelen en de onverdeelde boedel die de erven laten voortbestaan om

19 Die bepaling luidde als volgt: 'Indien een economisch delict wordt begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, enige andere vereniging van personen of een doelvermogen, wordt de strafvervolgung ingesteld en worden de straffen en maatregelen uitgesproken, hetzij tegen die rechtspersoon, die vennootschap, die vereniging of dat doelvermogen, hetzij tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of die feitelijk leiding hebben gehad bij het verboden handelen of nalaten, hetzij tegen beide'.

20 MvT, *Kamerstukken II* 1947/1948, 603, 3, p. 20.

21 MvT, *Kamerstukken II* 1947/1948, 603, 3, p. 20.

22 MvT, *Kamerstukken II* 1947/1948, 603, 3, p. 20.

23 MvT, *Kamerstukken II* 1975/1976, 13655, 3, p. 19.

24 MvT, *Kamerstukken II* 1975/1976, 13655, 3, p. 19–20.

25 *Handelingen II* 1975/1976, 82, p. 4209.

26 Die bepaling luidt: 'Onder een fonds voor gemene rekening wordt verstaan een fonds ter verkrijging van voordelen voor de deelgerechtigden door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden, mits van de deelgerechtigdheid in het fonds blijkt uit verhandelbare bewijzen van deelgerechtigdheid. Een fonds voor gemene rekening wordt als onderneming aangemerkt. De bewijzen van deelgerechtigdheid worden als verhandelbaar aangemerkt indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds voor gemene rekening of aan bloed- of aanverwanten in de rechte lijn de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt.'

17 Vgl. ABRvS 17 juli 2002, AB 2003/78; HR 19 januari 2001, AB 2002/382.

18 MvT, *Kamerstukken II* 2003/2004, 29702, 3, p. 81.

het monumentale ouderlijke huis te laten restaureren en onderhouden.²⁷

Tot richtinggevend rechtspraak over de reikwijdte van het begrip doelvermogen in art. 51 lid 3 Sr is het niet gekomen. Een doelvermogen is tot op heden niet strafrechtelijk vervolgd. Wel overwoog de Hoge Raad in 1986 dat de natuurlijke persoon die een onderneming voert, geen doelvermogen vertegenwoordigt.²⁸ In de rechtspraak van de Afdeling komt de handhaving tegen een doelvermogen in de vorm van boeteoplegging een enkele keer voor.²⁹ In een uitvoerige conclusie over de vraag of een fiscale eenheid strafrechtelijk kan worden vervolgd op grond van art. 68 lid 1 AWR besteedt A-G Van Dorst aandacht aan de herkomst van het begrip 'doelvermogen' in het Nederlandse recht.³⁰ Hij wijst op de oorsprong van het begrip in belastingwetgeving, met als voornamelijk doel 'heffing op winst uit buitenlands kapitaal mogelijk te maken in het geval die winst anders bij niemand belast zou kunnen worden'.³¹ De A-G is sceptisch over het nut van het begrip 'doelvermogen' in de Nederlandse wet buiten belastingwetgeving. Hij uit een tweetal bezwaren tegen de pogingen in de strafrechtelijke literatuur om het doelvermogen in de zin van art. 51 lid 2 Sr nader te definiëren. In de eerste plaats bestaat er volgens hem in de praktijk geen behoefte aan een autonoom begrip van doelvermogen buiten belastingwetgeving omdat 'in alle bedachte gevallen art. 47-49 Sr [de deelnemingsvormen van doen plegen, medeplegen, uitlokking en medeplichtigheid; *toevoeging AK en FMJV*] voldoende mogelijkheden bieden voor vervolging en eventuele bestraffing van de natuurlijke personen die betrokken zijn bij de strafbare feiten welke zijn begaan in de sfeer van dat zgn. doelvermogen'.³² Ten tweede staan in zijn optiek tussen vervolging en bestraffing van een dergelijk doelvermogen strafvorderlijke wetten en praktische bezwaren in de weg.³³ Onder meer zou onduidelijk zijn hoe een dergelijk doelvermogen zou moeten worden vervolgd. Wij vragen ons af of deze bezwaren steekhoudend zijn. Het eerste bezwaar gaat onzes inziens voorbij aan de veelheid van normen in het bestuursrecht en het economisch strafrecht die gericht zijn tot deelnemers in het rechtsverkeer met een bepaalde kwaliteit. Te denken valt aan voorschriften die de vergunninghouder (bijvoorbeeld art. 2.25 Wabo), de

werkgever (bijvoorbeeld art. 4:1 Arbeidstijdenwet) en 'degene die de inrichting drijft' (bijvoorbeeld art. 16.19 Wet milieubeheer) als normadressaat hebben. In die gevallen volstaan art. 47-49 Sr niet omdat voor de aansprakelijkheid van de betrokken natuurlijke personen moet vaststaan dat een delict is gepleegd en dat kan in de genoemde gevallen uitsluitend door de normadressaat (met de vereiste kwaliteit).³⁴ Het is niet altijd dat de betrokken natuurlijke persoon als degene met de noodzakelijke kwaliteit kan worden gekarakteriseerd. Te denken valt onder meer aan het hiervoor genoemde voorbeeld dat de wetgever bij de totstandkoming van art. 15 WED gaf, namelijk het geval van 'een vermogen, bijeengebracht door een aantal personen, op economisch gebied werkzaam, welk vermogen feitelijk door een of meer personen wordt beheerd, terwijl het vastleggen van de rechtsvorm achterwege is gebleven'.³⁵ Voorkomen moet worden dat er een situatie ontstaat waarin door de opgezette of ontstane³⁶ constructie de norm niet effectief kan worden gehandhaafd omdat enerzijds de betrokken natuurlijke personen niet als normadressaat kunnen worden aangemerkt en dus niet met hun privévermogen aansprakelijk zijn of anderzijds het bijeengebrachte vermogen vanwege zijn afgescheiden karakter niet kan worden aangesproken indien de betrokken natuurlijke personen wel onder de norm worden gebracht. Het tweede bezwaar over de strafvorderlijke drempels bij vervolging van doelvermogens is evenmin overtuigend. Bij strafvervolging en bestraffing kunnen de daartoe geldende wettelijke bepalingen worden gevolgd en kan zoveel mogelijk worden aangesloten bij hetgeen voor rechtspersonen geldt. In art. 528 Sv is bepaald wie bij strafvervolging namens een rechtspersoon of een daarmee gelijk te stellen entiteit als vertegenwoordiger kan optreden. Uit lid 1 volgt dat evenals bij strafvervolging tegen een rechtspersoon het doelvermogen kan worden vertegenwoordigd door de bestuurder. Het ligt naar onze mening in de rede om in gevallen waarin vanwege de aard van het doelvermogen niet een bestuurder valt aan te wijzen, zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij wie vanwege zijn betrokkenheid bij het doelvermogen, handelend in zijn sfeer, als vertegenwoordiger kan worden beschouwd.³⁷

Kortom, hoewel in de meeste gevallen de betrokken natuurlijke personen rechtstreeks kunnen worden aangesproken,

27 Zie J.W. Fokkens, E.J. Hofstee & A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht - Noyon, Langemeijer, Rummelink*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 4 bij art. 51 Sr; A.J.L. van Strien, *De rechtspersoon in het strafproces*, diss. 1996, p. 33; T&C Strafvordering, aant. 4e bij art. 528 Sv (bewerkt door C.P.M. Cleiren, bijgewerkt t/m 1 juli 2019).

28 HR 9 december 1986, NJ 1987/592. De Hoge Raad geeft onder verwijzing naar de wetgeschiedenis als voorbeelden van een doelvermogen het fonds voor gemene rekening en gelden bijeengebracht voor een charitatief doel.

29 ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3340. Het is uit de uitspraak niet goed af te leiden waaruit het doelvermogen in deze zaak bestaat.

30 Conclusie A-G Van Dorst voor HR 29 juni 1999, NJ 1999/719, m.nt. J. de Hullu.

31 Art. 2 lid 1 sub c AWR noemt het 'doelvermogen' als een belastingplichtig lichaam, zonder dit overigens te definiëren. De A-G noemt de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de 'trust' als voorbeeld van een doelvermogen in dit verband. Conclusie A-G, a.w., nr. 14.2.

32 Conclusie A-G, a.w., nr. 15.2.

33 Conclusie A-G, a.w., nr. 15.2.

34 Wij verwijzen naar de hiervoor in paragraaf 3.2 aangehaalde opmerking van de Awb-wetgever over onder meer het begrip doelvermogen in art. 5:1 Awb in samenhang gelezen met art. 51 Sr. De wetgever noemt het van groot belang dat ook tegen niet-rechtspersonen kan worden gehandhaafd aangezien veel normen in het bestuursrecht een kwaliteit vereisen. Zie MvT, *Kamerstukken II* 2003/2004, 29702, p. 81.

35 MvT, *Kamerstukken II* 1947/1948, 603, 3, p. 20.

36 Dergelijke constructies kunnen ook een gevolg zijn van de wet. De faillissementsboedel waarop hierna wordt ingegaan is een voorbeeld, maar ook valt te denken aan de nalatenschap.

37 Vgl. de maatstaf uit HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmeest*) voor de vaststelling van het daderschap van rechtspersonen. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening van gedrag aan de rechtspersoon is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon.

heeft het doelvermogen binnen het bestuursrecht en het (economisch) strafrecht bestaansrecht.³⁸

4. De kwalificatie van de boedel en de curator in bestuurs- en strafrechtelijke termen

4.1 De boedel als normadressaat, wegvallen van gefaillieerde als zodanig?

Nadat we aldus het juridische speelveld nader in kaart hebben gebracht, keren we terug naar de curator en *North Refinery*. Die beslissing is niet vrij van inconsistentie. In paragraaf 2 bleek dat de Afdeling de curator benadert 'via' de boedel. De curator is vanaf de faillietverklaring verantwoordelijk voor de naleving van de milieurechtelijke verplichtingen van de inrichting, maar dat zijn 'verplichtingen van de boedel, die door tussenkomst van de curator moeten worden nageleefd'. Het zijn geen verplichtingen van de failliete rechtspersoon, die geen zeggenschap meer heeft over het vermogen.³⁹

Dit is een stap die de Afdeling nog niet eerder heeft gezet. Dat de curator verantwoordelijk is voor de naleving van de voor een inrichting geldende vergunning, is vaste rechtspraak en – zo menen wij – terecht. Die inrichting levert gevaren op voor het milieu, reden waarom daarvoor milieurechtelijke regels gelden, die in voorkomende gevallen worden geconcretiseerd in vergunningsvoorschriften. Die gevaren worden niet anders na de faillietverklaring, evenmin als de verhouding tussen die milieubelangen en de bij de inrichting betrokken private belangen. Waar die milieubelangen prevaleren boven het belang van de eigenaar van de inrichting voor de faillietverklaring, is dat niet anders indien die inrichting na de faillietverklaring wordt beheerd door de curator ten behoeve van in de eerste plaats de schuldeisers.⁴⁰

Het blijft in beide situaties evenwel de inrichting van de schuldenaar. Hij blijft rechtsdrager van zijn vermogen, ook al staat dat onder het beheer van de curator.⁴¹ Dat de gefaillieerde de beschikking verliest over zijn vermogen, wil – zouden wij menen – niet zeggen dat de voor het faillissement geldende verplichtingen hem niet meer raken. Indien de gefaillieerde bijvoorbeeld buiten de curator om in

flagrante strijd met par. 3.10 van het Vuurwerkbesluit een pallet lucifers opslaat binnen de inrichting waar consumtentvuurwerk wordt opgeslagen, moet hij daarop kunnen worden afgerekend en in zijn buiten het faillissement blijvende vermogen kunnen worden aangesproken; daargelaten de vraag of (het niet onmogelijk maken van) die handelwijze ook een overtreding voor de curator oplevert.

De Afdeling ziet de gefaillieerde kennelijk niet langer als normadressaat. Dat zou dan 'de boedel' zijn, maar wie is de normadressaat als 'de boedel' de normadressaat is? Daar gaat de Afdeling niet op in. Zij stapt meteen over naar de vraag wie overtreder kan zijn, aan de hand van art. 5:1 Awb jo. art. 51 lid 2 Sr. Dat noopt tot ten minste een duiding van 'de boedel' bij wijze van eliminatie. Dat 'de boedel' geen natuurlijk persoon is, vindt de Afdeling denkelijk vanzelfsprekend, want daar wordt geen woord aan gewijd. Wel wordt onder ogen gezien of 'de boedel' een rechtspersoon of een daarmee gelijk te stellen entiteit is. De Afdeling is er snel klaar mee: 'Een faillissementsboedel valt hier niet onder.'

4.2 Is de boedel een rechtspersoon?

Wat de vraag naar de rechtspersoonlijkheid van de boedel betreft, is het antwoord juist, althans het eenvoudige antwoord. De wetgever hanteert een gesloten systeem.⁴² Art. 2:1-3 BW somt de rechtspersonen op:⁴³ het zijn de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, het zijn kerkgenootschappen, het zijn verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen, en eventuele in bijzondere wetten aangewezen rechtspersonen. De faillissementsboedel hoort daar niet bij, 'and that's the end of it'.

En zo is het ook, als we kijken naar de door de wetgever gehanteerde systematiek. In de doctrine – die de wetgever niet heeft willen afsnijden⁴⁴ – ligt het genuanceerder. Soms wordt gezocht naar de essentie van rechtspersoonlijkheid, naar wat de karakteristieken ervan zijn en luidt de conclusie dat de rechtsfiguur die die karakteristieken vertoont – dus – een rechtspersoon is. Met die benadering is ook de boedel wel als rechtspersoon beschouwd.⁴⁵

De Hoge Raad is niet ongevoelig voor deze benadering, want zo'n niet door de wetgever als rechtspersoon gekwalificeerde rechtsfiguur die wel voor een groot deel de karakteristieken van rechtspersoonlijkheid heeft, wordt soms toch behandeld als rechtspersoon. Het meest in het oog springende voorbeeld is de vennootschap onder firma, die in art. 2:1-3 BW niet wordt genoemd als rechtspersoon, maar

38 Het 'niet vast omlijnde' karakter van het doelvermogen (zie hiervoor de opmerking van de minister bij de invoering van art. 51 Sr in paragraaf 3.3.) kan onzes inziens voor een groot deel worden ondervangen door de deelname van het doelvermogen aan het rechtsverkeer afhankelijk te maken van zijn doel. Zie hiervoor A. van Hees, 'Enkele verkennende beschouwingen over afgescheiden vermogens in het rechtsverkeer, in het bijzonder de failliete boedel', in S.M. Bartman e.a., *JB. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jan Bernd Huizink ter gelegenheid van zijn emeritaat als hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam* (ZIFO-reeks nr. 29), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 214.

39 Dit oordeel wordt bevestigd in ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1063, dat ook duidelijk maakt dat de regel niet beperkt is tot milieurechtelijke verplichtingen, maar meer in het algemeen geldt voor 'uit het bestuursrecht voortvloeiende verplichtingen'.

40 F.M.J. Verstijlen, 'De faillissementscurator tegenover milieurechtelijke normen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 273-289.

41 Vgl. Bijlagen *Handelingen II* 1890/91, 100, 3, p. 45, waar wordt opgemerkt dat 'elke handeling van den curator zijne [de gefaillieerde; AK en FMJV] zaak geldt; het is zijn boedel die vereffend wordt ter voldoening zijner schuldeischers'.

42 MvA, *Kamerstukken I* 1959/1960, 3769, 63, p. 2 en MvA, *Kamerstukken I* 1975/1976, 11005-11416-12897, 5a, p. 4.

43 We gaan voorbij aan buitenlandse rechtspersonen en vragen van internationaal privaatrecht.

44 Zie MvA, *Kamerstukken I* 1959/1960, 3769, 63, p. 2. Zie ook tijdelijk raadsadviseur Meijers, *Handelingen II* 1952/53, p. 2887-2888.

45 Zie bijv. J.A.L.M. Loeff, 'Wat moet worden verstaan onder faillissementskosten en hoe behoren deze te worden gedragen?', praeadvies, *Handelingen NJV* 1935. Eerste stuk, Tweede deel, p. 15-23. Zie verder F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss. 1998, p. 91-93.

die in het maatschappelijk verkeer wordt gezien en op sommige plaatsen in de wet wordt behandeld als een afzonderlijk rechtssubject, die een afgescheiden vermogen heeft en daarom in staat van faillissement worden verklaard, zonder dat de vennoten failliet zijn.⁴⁶

Dan nog stelt de Hoge Raad voorop dat de vennootschap onder firma géén rechtspersoon is,⁴⁷ maar alleen maar als zodanig wordt behandeld. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat onze andere hoogste rechter, de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, eenzelfde benadering kiest en de boedel niet als rechtspersoon aanmerkt.

4.3 Is de boedel een doelvermogen?

Met het doelvermogen ligt het anders. Er is geen gesloten systeem van doelvermogens. Een opsomming als in art. 2:1-3 BW voor rechtspersonen, ontbreekt voor doelvermogens. De Afdeling overweegt dat 'een faillissementsboedel' geen van de in art. 51 lid 2 Sr genoemde met een rechtspersoon gelijkgestelde entiteiten en dus geen doelvermogen is. Van een motivering is deze beslissing niet voorzien.

Toch is er voor de kwalificatie van de faillissementsboedel als een doelvermogen veel te zeggen. De boedel is een afgescheiden vermogen, afgescheiden van het buiten het faillissement vallende vermogen van de schuldenaar. Tot dat vermogen behoren niet alleen goederen van de schuldenaar, ook vermogensbestanddelen die niet op hem zijn terug te voeren maar zijn ontleend aan de schuldeisers vallen in de boedel. Datgene wat er onrechtmatig uit is verdwenen of er ten onrechte niet in zit, dient de curator tot de boedel te trekken. Hij kan daartoe een beroep doen op de *actio Pauliana*, maar ook een Peeters q.q./Gatzen-vordering instellen,⁴⁸ of een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 BW. Die laatste twee vorderingen kunnen uit de aard der zaak niet aan de schuldenaar toekomen. De eerste betreft immers een aansprakelijkheid van een derde die aan een benadeling van de schuldeisers door de schuldenaar heeft meegewerkt of deze ten onrechte niet heeft verhinderd, en natuurlijk heeft de schuldenaar die die benadeling veroorzaakt zelf niet zo'n vordering. De aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW is er één 'jegens de boedel' gegrond op een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en staat naast die ex art. 2:9 BW van de rechtspersoon zelf.

Waar het vermogen van de schuldenaar voor de faillietverklaring geen bijzonder doel heeft, maar door de schuldenaar naar eigen goeddunken kan worden aangewend, heeft de faillissementsboedel als afgescheiden en gereconstrueerd vermogen wel een bepaald doel: de voldoening van alle schuldeisers overeenkomstig ieders recht, in voorkomende gevallen rekening houdend met maatschappelijke belangen als dat van continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid.

Dat past naadloos op de invulling die de wetgever aan het doelvermogen gaf, namelijk een vermogen 'dat als zodanig economisch een zelfstandig bestaan heeft'.⁴⁹ Ook in de literatuur wordt de faillissementsboedel vrij algemeen als een afgescheiden doelvermogen gekwalificeerd.⁵⁰

4.4 Terug naar de curator

Het bovenstaande heeft een nogal technisch karakter. Wat de essentie is van rechtspersoonlijkheid en wat als doelvermogen kan gelden, heeft een hoog theoretisch karakter. Dat onttrekt het zicht gemakkelijk aan het eigenlijke probleem. Wat is de ratio van art. 51 lid 2 Sr en de toepasselijkverklaring daarvan in het bestuursrecht? In het strafrecht is dat toch de strafwaardigheid van de persoon die feitelijk de hand heeft in het handelen dat geldt als dat van de rechtspersoon, maar ook de effectiviteit van de desbetreffende strafbepaling.⁵¹ Ook – of zelfs: vooral – degene die de hand heeft in het handelen van de rechtspersoon, dient zich van het desbetreffende gedrag te onthouden. Zou slechts de achterliggende entiteit kunnen worden aangepakt dan zou de sanctie in mindere mate – in gevallen van insolventie veelal: niet – gevoeld worden door degene die feitelijk de handeling stelt. Deze rationale blijkt uit de aansprakelijkheidsbepalingen die bestonden voor de invoering van art. 51 Sr in 1976. Bepalingen zoals art. 50a (oud) Sr en art. 15 WED regelden de aansprakelijkheid van betrokken natuurlijk personen – zoals respectievelijk de formele bestuurders en de opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers – in het geval strafbare feiten waren gepleegd door rechtspersonen.⁵² De aansprakelijkheid van de feitelijk handelende natuurlijk persoon in het organisatorische verband van de onderneming stond daarbij centraal.⁵³ In de memorie van toelichting bij art. 51 Sr wordt gesteld dat de in de oude bepalingen gehanteerde constructie om bestuurders en (andere) hoofden (evenzeer) strafbaar te stellen ertoe diende 'te bewerkstelligen dat vanwege de corporatie bepaalde voorschriften zouden worden nageleefd'.⁵⁴

In het bestuursrecht, waar bestraffing in mindere mate en effectiviteit van de gestelde normen in even grote mate aan de orde is, speelt dit evenzeer. Indien er gevaar dreigt voor mens of milieu moet iemand kunnen worden aangesproken om te voorkomen dat dat gevaar zich realiseert. Dat is in de eerste plaats de rechtspersoon of de daarmee gelijk te stellen entiteit, maar de aan een entiteit op te leggen sancties zijn niet per se effectief – die entiteit kan bijvoorbeeld prioriteit geven aan andere verplichtingen dan aan het uitvoeren van een last; het kan lastig zijn spoedeisende bestuursdwang te

46 HR 6 februari 2015, NJ 2017/8, m.nt. P.M. Veder (VDV Totaalbouw/Bepro).

47 HR 19 april 2019, NJ 2019/438, m.nt. F.M.J. Verstijlen (UWV/Schäperclaus-Schinkel q.q.).

48 Vernomen naar HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 B. Wachter (Peeters q.q./Gatzen).

49 Zie hiervoor paragraaf 3.3.

50 S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Honderd jaar Faillissementswetgeving', Tvl 1996, p. 131, G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, diss. 1997, p. 43-46 en F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss. 1998, p. 41-43 en meer recent nog Van Hees 2019, t.a.p., p. 214-215.

51 Zie voor het eerstgenoemde Machielse in Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 51 Sr, aant. 8.2 (t.a.p.) die – parafraserend – opmerkt dat met behulp van art. 51 lid 2 Sr degene kan worden gepakt die 'wezenlijk de hand heeft gehad in het verboden gebeuren'.

52 S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers*, diss. 2011, p. 423.

53 A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, diss. 2019, p. 61.

54 Kamerstukken II 1975/1976, 13655, 3, p. 10.

organiseren. Door het perspectief dat degene die feitelijk aan de knoppen zit aangesproken kan worden, kunnen in voorkomende gevallen brokken worden voorkomen.

North Refinery haalt daar een streep doorheen wat betreft faillissement. De rechtspersoon zelf is – zie hiervoor – geen normadressaat meer, dat is ‘de boedel’, die geen rechtspersoon is waardoor het mechanisme van art. 51 lid 2 Sr buiten toepassing blijft en een verantwoordelijkheidsvacuüm ontstaat. De redenering van de Afdeling volgend zou de curator die een onveilige werkomgeving laat bestaan per definitie niet kunnen worden aangepakt omdat de verplichtingen uit de Arbeidsomstandighedenwet op de werkgever rusten,⁵⁵ en zou de curator – hoewel deze in zijn hoedanigheid die verplichtingen moet nakomen – in persoon niet kunnen worden aangesproken omdat de boedel geen rechtspersoon of doelvermogen is en de curator in persoon de boedel niet vertegenwoordigt.⁵⁶

Wij zouden menen dat de rechtspersoon nog steeds normadressaat is en dat de curator als degene die verantwoordelijk is voor inrichting van die rechtspersoon als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt. Langs de andere kant redenerend, dichter bij de redenering van de Afdeling blijvend: als de boedel of ‘de curator in zijn hoedanigheid’ de drager van de milieurechtelijke verplichtingen of verantwoordelijk voor de nakoming ervan is, dan is er nog altijd een natuurlijk persoon die aan de knoppen zit en dat is, linksom of rechtsom, de curator.

De situatie in faillissement staat zo na aan die buiten faillissement dat de handavingsstructuren dezelfde horen te zijn, of omdat de curator de persoon is die zoals voorheen de bestuurder een zekere verantwoordelijkheid voor de verplichtingen van de rechtspersoon draagt; of omdat ‘de boedel’ of – ‘de curator in zijn hoedanigheid’⁵⁷ – de nieuwe normadressaat is, voor wie de persoon van de curator verantwoordelijkheid draagt.

5. De persoonlijke verantwoordelijkheid van de curator

5.1 Een vergelijking met het civielrechtelijke kader

Wij richten ons nu op de vraag of en zo ja, hoe de persoonlijke verantwoordelijkheid van de curator begrensd dient te

worden. Is met de vaststelling dat er een strafrechtelijke of een bestuursrechtelijke norm is geschonden de persoonlijke verantwoordelijkheid van de curator gegeven? Voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de curator geldt met de toepassing van de Maclou-maatstaf een onderscheid tussen zijn aansprakelijkheid in hoedanigheid en zijn persoonlijke aansprakelijkheid. Voor zijn persoonlijke aansprakelijkheid geldt een hogere drempel: hem dient een persoonlijk verwijt te kunnen worden gemaakt. De rationale daarvoor is in de kern dat de curator onder tijdsdruk uiteenlopende, soms tegenstrijdige – ook maatschappelijke – belangen moet behartigen.⁵⁸ Die rationale geldt in principe ook voor het strafrecht en het bestuursrecht, met evenwel het belangrijke verschil dat de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW een open karakter heeft terwijl het bestuurs- en strafrechtelijke kader veelal vooraf bepaalde normen betreft. In de woorden van de civiele kamer van de Hoge Raad komt hem, met andere woorden, bij de naleving van die normen geen ‘beleidsvrijheid’ toe. Hij heeft niet de vrijheid de verplichtingen (van de failliet of de boedel als doelvermogen) die uit die normen voortvloeien niet na te leven. Dit hoeft echter niet te betekenen dat iedere keer als is vastgesteld dat een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke norm is geschonden ‘in de sfeer van de faillissementsboedel’ de curator ook persoonlijk verantwoordelijk is via art. 51 Sr. Hetgeen met de Maclou-maatstaf wordt beoogd in het civiele recht wordt naar onze mening ook met toepassing van art. 51 Sr bereikt.

Vooropgesteld moet worden dat indien de curator een straf- of bestuursrechtelijke norm overtreedt die mede tot hem is gericht – omdat de norm zich tot eenieder richt – hij reeds op die grondslag aansprakelijk kan worden gehouden. Het verbod om (zonder vergunning) afvalwater te lozen in oppervlaktewater (art. 10.1 lid 2 Wet Milieubeheer⁵⁹) kan de curator persoonlijk overtreden indien hij gedragingen verricht die het verboden gevolg hebben. Daarvoor is toepassing van art. 51 Sr niet nodig. In het civiele recht is dat niet anders. Voor het overtreden van wettelijke voorschriften die zich tot hem richten is de curator in persoon gewoon aansprakelijk op grond van art. 6:162 lid 2 BW (mits ook aan de overige voorwaarden voor schadeplechtigheid is voldaan uiteraard). Indien de norm zich daarentegen tot de faillissementsboedel richt, waarborgen de criteria voor feitelijke leidinggeven die in de strafrechtelijke rechtspraak zijn ontwikkeld dat de curator niet zomaar persoonlijk verantwoordelijk is.

⁵⁵ Art. 32 Arbeidsomstandighedenwet.

⁵⁶ Ook als de curator q.q. als drager van de (milieu)verplichtingen zou worden aangemerkt – welke weg de Afdeling overigens niet volgt – blijft zijn persoonlijke verantwoordelijkheid binnen het strafrecht en het bestuursrecht problematisch. De curator q.q. is een natuurlijk persoon en op grond daarvan is de weg van art. 51 Sr voor zijn persoonlijke verantwoordelijkheid als feitelijke leidinggever afgesloten aangezien die bepaling alleen ziet op rechtspersonen en daarmee gelijk te stellen entiteiten. De enige mogelijkheid die open blijft is die van de deelnemingsregeling (art. 47-49 Sr). Binnen dat kader zou de curator in persoon als medepleger/uitlokker/doen pleger/medeplechtige moeten worden gekwalificeerd bij de gedragingen die hij in hoedanigheid – maar nog steeds als natuurlijk persoon – verricht. Aangezien in de behandelde situaties geen sprake is van deelneming, simpelweg omdat de curator als natuurlijk persoon in fysieke zin de normschendende gedragingen verricht, zou een dergelijke benadering niet binnen het systeem van het bestuursrecht en het strafrecht passen.

⁵⁷ Zoals hiervoor in voetnoot 56 is opgemerkt, kan de constructie van de ‘curator in hoedanigheid’ als normadressaat wel problematisch zijn binnen het systeem van het bestuursrecht en het strafrecht.

⁵⁸ HR 19 april 1996, NJ 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou).

⁵⁹ Deze bepaling luidt als volgt: ‘Het is een ieder bij wie afvalstoffen ontstaan, verboden handelingen met betrekking tot die afvalstoffen te verrichten of na te laten, waarvan hij weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat daardoor nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan of kunnen ontstaan’.

5.2 De curator als feitelijke leidinggever⁶⁰

Een eerste en voor de hand liggende verschijningsvorm van het feitelijke leidinggeven is volgens de Hoge Raad 'actief en effectief gedrag dat onmiskenbaar binnen de gewone betekenis van het begrip valt'.⁶¹ Het geven van instructies of het anderszins actief bevorderen van de verboden gedragingen levert aldus feitelijke leidinggeven in de zin van art. 51 Sr op. De curator die aan een werknemer de instructie geeft om in strijd met de geldende vergunning afval te lozen, is daarom zonder meer als feitelijke leidinggever aan te merken. Hij is ook dan verantwoordelijk indien de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het door hem gevoerde, algemene beleid.⁶² Indien de curator een laissez-faire voorstaat en er gaan (bestuurs- en strafrechtelijk) dingen fout, dan zal hij dus als feitelijke leidinggever kunnen worden gekwalificeerd. Voor alle vormen van feitelijke leidinggeven is overigens niet vereist dat een ander dan de curator – bijvoorbeeld de werknemers – de fysieke gedragingen verricht. Ook als hijzelf in fysieke zin de normschendende gedragingen verricht (die de aansprakelijkheid van de boedel vestigen) is hij feitelijke leidinggever.⁶³ Indien de curator een meer passieve rol heeft bij de normschendingen – bijvoorbeeld omdat hij (slechts) toestaat dat de verboden gedragingen plaatsvinden of zich anderszins afzijdig houdt – bepalen de zogeheten Slavenburgcriteria de ondergrens van zijn persoonlijke verantwoordelijkheid. Volgens staande rechtspraak is in die situatie sprake van feitelijke leidinggeven wanneer de 'verdachte ondanks het feit dat hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden is om maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen, dergelijke maatregelen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat deze verboden gedragingen zich zullen voordoen'.⁶⁴ Deze voorwaarden vormen de minimale betrokkenheid van de curator bij de normschendende gedragingen die benodigd is voor feitelijke leidinggeven.

Om als feitelijke leidinggever te kunnen worden aangemerkt dient de curator in de eerste plaats bevoegd en redelijkerwijs gehouden te zijn maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedragingen. Dat hij met zijn aanstelling het beheer en de beschikking over het vermogen van de failliet verkrijgt (art. 23 Fw jo. 68 Fw) betekent dat de curator de bevoegdheid heeft binnen de organisatie van de failliet(e onderneming) maatregelen te nemen. De formele bevoegdheid van de curator wordt bepaald en begrensd door zijn taakopdracht die volgens art. 68 Fw het beheer en de vereffening van de boedel is. Dat betekent dat zijn bevoegdheid om in te grijpen zich in ieder

geval uitstrekt tot gedragingen die het verhaalsvermogen potentieel aantasten. Handelen in strijd met de vergunningsvoorwaarden door een werknemer kan een grondslag van bestuurlijke handhaving zijn waarbij de kosten op de boedel worden verhaald.⁶⁵ De curator is dan zeker bevoegd maatregelen te treffen ter voorkoming van dergelijk gedrag. Dat zal ook gelden voor andere bestuursrechtelijke normen waarvan is uitgemaakt dat de nakoming op de curator in hoedanigheid rust.⁶⁶ Bij strafrechtelijke normen geldt een soortgelijke redenering – te denken valt aan de werknemer die de machine uit de boedel verduistert en daarmee de boedel benadeelt. Strafrechtelijke normen die geen directe gevolgen voor het verhaalsvermogen hebben – bijvoorbeeld het delict van aanranding – kunnen deze gevolgen indirect hebben, namelijk via de aansprakelijkheid van de boedel op grond van onrechtmatige daad. Zelfs als die aansprakelijkheid niet per se gegeven is, moet worden bedacht dat de vereiste 'bevoegdheid' om in te grijpen niet alleen een formele bevoegdheid is, maar ook en vooral materiële zeggenschap omvat.⁶⁷ De curator zal in de organisatie van de failliet(e onderneming) veelal worden gezien als 'de baas' en binnen die feitelijke verhoudingen zal hij de 'bevoegdheid' hebben om in te grijpen.

Buiten de bevoegdheid in te grijpen geldt als eis dat de curator ook redelijkerwijs gehouden moet zijn om maatregelen te treffen. Ook deze eis zal doorgaans niet veel moeilijkheden opleveren. De ratio van deze eis ligt hierin dat in grote organisaties waarin meer leidinggevendenden of gezagsdragers in beeld zijn, een bevoegdheid om in te grijpen niet per se een gehoudenheid daartoe hoeft mee te brengen.⁶⁸ In faillissementen waarin gewoonlijk één curator wordt aangesteld, zal met de bevoegdheid van de curator in te grijpen ook zijn gehoudenheid daartoe maatregelen te nemen gegeven zijn. Indien twee of meer curatoren zijn aangesteld⁶⁹ zal een onderlinge taakverdeling mogelijk een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de curator redelijkerwijs gehouden was in te grijpen.⁷⁰ De feitelijke verhoudingen zullen bij een taakverdeling overigens prevaleren: treedt een curator buiten zijn verantwoordelijkheidsterrein, dan heeft dat consequenties voor de mate van zijn verantwoordelijkheid.⁷¹ De gehoudenheid om maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedragingen behelst overigens geen resultaatsverplichting. Aan het enkele plaatsvinden van de gedragingen kan niet zonder meer de conclusie worden verbonden dat de curator zich

60 Wij laten het opdrachtgeven buiten beschouwing omdat haar bewoording een actief initiërende rol veronderstelt en deze figuur in het algemeen als een specifieke verschijningsvorm van het feitelijke leidinggeven wordt gezien (op grond waarvan haar toegevoegde waarde in de literatuur ter discussie is gesteld). Zie Hornman 2016, t.a.p., p. 56-57 met verdere literatuurverwijzingen.

61 HR 26 april 2016, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk.

62 HR 26 april 2016, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk.

63 Dit werd uitdrukkelijk overwogen in HR 26 april 2016, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk.

64 HR 26 april 2016, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk. Deze criteria zijn afkomstig uit de Slavenburg-beschikkingen: HR 16 december 1986, NJ 1987/321 en 322, m.nt. A.C. 't Hart (Slavenburg II).

65 Zie voor de grondslag van kostenverhaal bij de last onder bestuursdwang art. 5:25 Awb.

66 ABRvS 9 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4703; ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261.

67 J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 499.

68 M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief*, diss. 2016, p. 66-67.

69 Op grond van art. 70 Fw is 'voor de geldigheid hunner handelingen toestemming der meerderheid of bij staking van stemmen een beslissing van de rechter-commissaris vereist'.

70 Hornman 2016, t.a.p., p. 67.

71 Hornman 2016, t.a.p., p. 68.

onvoldoende heeft ingespannen.⁷² Het zijn de inspanningen die op hun merites moeten worden beoordeeld. Binnen de ene onderneming zal een rondgestuurd memo volstaan, terwijl bij een andere organisatie duidelijke sancties moeten worden gepaard aan uitgesproken verboden. Bij de beoordeling van de vraag of de curator redelijkerwijs gehouden was in te grijpen verdient een aspect nog nadere aandacht. Het kan voorkomen dat het 'ingrijpen' of voorkomen dat de verboden gedraging plaatsvindt, inhoudt dat er kosten moeten worden gemaakt. Het verwijderen van chemisch afval of het saneren van asbest brengt vanzelfsprekend kosten met zich. Indien de boedel leeg is en de curator de noodzakelijke kosten niet ten laste van de boedel kan brengen, is hij niet op straffe van zijn persoonlijke verantwoordelijkheid redelijkerwijs gehouden de vereiste maatregelen te nemen.⁷³ Zijn persoonlijke verantwoordelijkheid strekt niet zo ver dat hij op eigen kosten moet ingrijpen. Wij zouden denken dat dit in de regel ook opgaat voor de situatie waarin het nemen van maatregelen ten koste van de hoog bevoorrechte salarishoofden van de curator gaat. In dat geval valt te verdedigen dat de gemeenschap die kosten moet dragen aangezien de curator – anders dan bijvoorbeeld de bestuurder van een rechtspersoon – van overheidswege wordt benoemd ter uitvoering van een wettelijke – en maatschappelijk noodzakelijke – taak. Wij menen dat de eis van 'redelijkerwijs gehoudendheid' voldoende ruimte biedt om in kwesties waarin de curator niet anders kan en behoort te handelen geen persoonlijke verantwoordelijkheid aan te nemen.

Voor de kwalificatie als feitelijke leidinggever geldt in de tweede plaats als belangrijke voorwaarde dat de curator wetenschap draagt van de verboden gedragingen of daarmee in rechtstreeks verband staande gedragingen. Hierin ligt de eis van (voorwaardelijk) opzet besloten.⁷⁴ De plicht om in te grijpen ontstaat op zijn vroegst wanneer de curator op de hoogte is geraakt van de verboden gedragingen of soortelijke gedragingen. Het is een belangrijke eis die tot uitdrukking brengt dat verwijtbare onwetendheid ten aanzien van de normschendingen niet volstaat. De invulling van de opzeteis bij het feitelijke leidinggeven brengt mee dat de curator niet op de hoogte hoeft te zijn van de concrete gedragingen en de precieze wijze waarop deze plaatsvinden. Zogenoemd generiek opzet volstaat hierbij.⁷⁵ Het is voldoende dat de curator bekend is met soortgelijke feiten binnen het verband van de organisatie. Het opzet van de curator behoeft daarbij slechts gericht te zijn op de

kernelementen van de (bestuurs- of strafrechtelijke) norm die is geschonden.⁷⁶ Wat die kernbestanddelen zijn, verschilt vanzelfsprekend per (bestuurs- en strafrechtelijke) norm.⁷⁷ Niettegenstaande de iets afgezwakte vorm waarin het opzetvereiste geldt bij feitelijke leidinggeven, is opgemerkt dat het nog steeds meer omvat dan het enkele vage vermoeden dat er iets niet in de haak is.⁷⁸

Dat de curator ook binnen het bestuurs- en strafrechtelijke kader niet zomaar persoonlijk verantwoordelijk is te houden, blijkt naar ons oordeel uit met name de hiervoor besproken opzeteis. Evenals in het civiele recht bestaat daarom ook in die rechtsgebieden een onderscheid tussen de verantwoordelijkheid van de curator q.q. en pro se.

6. Tot besluit

De uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak inzake *North Refinery* schermde de curator pro se af van verantwoordelijkheid. Hoewel voorzichtig moet worden omgegaan met de curator in persoon, lijkt het ons dat de categorische uitsluiting van bestuursrechtelijke – en als de redenering van de Afdeling door de strafrechter zou worden gevolgd – strafrechtelijke aansprakelijkheid, te ver doorschiet. Wat dat betreft, lijkt ons de *Maclou*-norm evenwichtiger. Wij menen te hebben getoond dat een tussenweg ook in het bestuurs- en strafrecht mogelijk is.

72 Hornman 2016, t.a.p., p. 70 met verdere literatuurverwijzingen.

73 Vgl. de noot van F.T. Hiemstra onder *North Refinery* in JOR 2020/159.

74 HR 16 december 1986, NJ 1987/321 en 322, m.nt. A.C. 't Hart (*Slavenburg II*), waarnaar de Hoge Raad verwijst in HR 26 april 2016, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk.

75 De Hullu 2018, t.a.p., p. 507-508; G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 312; E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers in Nederland', in: E. Sikkema & P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevers – in de economische context* – Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 77; H.D. Wolswijk, 'Feitelijke leidinggeven en opdracht geven', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 97.

76 De Hullu 2018, t.a.p., p. 507; De Hullu 2018, t.a.p., p. 507; Sikkema 2010, t.a.p., p. 77; De Valk 2009, t.a.p., p. 429 en 431.

77 Overigens bestaat over de vraag wat een kernbestanddeel is geen eenstemmigheid binnen de strafrechtelijke literatuur. Zie D.R. Doorenbos, 'Slecht leiding geven', in: A.A. Franken & Th.J. Kelder (red.), *Sporen in het strafrecht*. Liber amicorum Jan Sjöcrona (Sjöcrona-bundel), Deventer: Kluwer 2014, p. 36-39.

78 Hornman 2016, t.a.p., p. 72.